

LA DEMOCRACIA Y EL TRATAMIENTO DEL ENEMIGO INTERIOR

Iván Orozco Abad*

Tanto para quienes piensan que el país debe prepararse para una guerra larga contra la subversión como para quienes creen que una paz negociada con las guerrillas —si no con los paramilitares— puede resultar viable en el corto o mediano plazo, empieza a ser crucial el debate sobre la aplicabilidad del derecho internacional humanitario al conflicto interno colombiano. El derecho de gentes y el derecho internacional humanitario ofrecen códigos de comportamiento y mecanismos de acotamiento y humanización de la guerra y aun de negociación de la paz, los cuales gracias a su carácter marcadamente formal y neutral ofrecen, por lo menos a partir de un cierto grado de generalización y escalamiento en las hostilidades, enormes ventajas racionalizantes sobre el derecho público interno en general y sobre el derecho penal en particular. Argumentos de tipo táctico-militar y aun de tipo estratégico se entremezclan con razones de humanidad en esta difícil discusión sobre las condiciones, modalidades y consecuencias de la aplicación del derecho internacional humanitario en nuestro medio.

La discusión, apenas comenzada, sobre la oportunidad de ratificar los llamadosPROTOCO-

los Adicionales de 1977, complementarios de los Convenios de Ginebra de 1949, ha derivado hacia el juego infructuoso y narcisista de las imputaciones de responsabilidad personal y hacia el chisme. Porque la pregunta por la paz, en un país desangrado por la guerra, es la pregunta fundamental, resulta imprescindible rescatar la discusión sobre el derecho internacional humanitario del abismo de inocuidades en que amenaza sumergirse.

Dado el desconocimiento casi absoluto de las cuestiones relativas al derecho internacional humanitario en nuestro medio, este ensayo está orientado hacia el desentrañamiento de su naturaleza, función y ámbito de aplicación, sobre todo en cuanto estatuto regulador de los conflictos no-internacionales. El trabajo se ocupa, en síntesis, de las siguientes cuestiones:

1. La primera parte, concebida a manera de introducción, busca esbozar el estado de la discusión entre nosotros y señalar la relevancia del problema para el futuro de nuestra democracia;
2. La segunda parte se ocupa de la presentación de aquello que hemos llamado una concepción punitiva del derecho internacional público, concebido a manera de un derecho público interno mundial, y cuyo corolario principal es una definición delincinencial —no política— de la guerra. Se hace énfasis

* Abogado. Investigador del Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales.

en su inadecuación para el tratamiento de las realidades políticas de los países del llamado Tercer Mundo, agobiados por el demonio de la guerra, en su doble dimensión internacional y civil;

3. La tercera parte se ocupa del derecho internacional humanitario y con ello tanto del derecho de La Haya (1907) como del de Ginebra (1949). Se abandona aquí la perspectiva tradicional, según la cual éstos se distinguen por el tipo de personas a las cuales se dirigen sus imperativos de comportamiento y protección y se ensaya una perspectiva, acaso no explorada, que mira en ellos el hecho común de involucrar ambos una visión política —no punitiva— de la guerra. La evolución del derecho internacional humanitario es entendida, entonces, como un proceso de ampliación progresiva del concepto político de la guerra, desde los días de su aplicación restrictiva a las llamadas guerras interestatales de carácter regular hasta su conquista semántica de las guerras irregulares de índole no-internacional, y
4. El trabajo termina, regresando al comienzo, con una discusión exploratoria sobre las condiciones para el reconocimiento de las guerrillas como sujetos de diálogo y/o negociación a la luz de los Protocolos Adicionales de 1977.

1. DEMOCRACIA Y GUERRA CIVIL

La pregunta por el tratamiento que debe dar el Estado a las distintas organizaciones guerrilleras de izquierda que recorren en su guerra partisana, irregular y móvil, buena parte de la geografía de este país, ha cobrado nuevamente auditorio a partir de las reflexiones recientes del expresidente Alfonso López Michelsen sobre la materia. Miremos rápidamente cuál es el contexto discursivo de tales reflexiones para efectos de comprender mejor su alcance y significación.

Durante el siglo XIX, en ausencia de un Estado central con presencia nacional y en circunstancias de cuasi-internacionalización del espacio político interior se llegó inclusive hasta la constitucionalización del derecho de gentes. En circunstancias de un relativo empate político-

militar entre el liberalismo y el conservatismo, así como de enorme aislamiento regional, con plena conciencia de la crisis estructural de dominación política que se cernía sobre el conjunto social y acaso con mucho mayor sentido de realidad del que hoy se les atribuye, los constituyentes de Rionegro (1863) acogieron el derecho de gentes como sustituto del derecho público interno en materia de orden público. Se buscaba con ello que los enemigos político-militares, en circunstancias de guerra civil, no se criminalizaran recíprocamente, para efectos de que los enfrentamientos fueran susceptibles de acotamiento y humanización. La Constitución unitaria y central de 1886 entronizó la figura del “estado de sitio” como atribución presidencial y como medida del tratamiento delincencial del enemigo interior, por parte del Estado. El tránsito de una concepción política a una concepción punitiva de los conflictos armados internos ha sido, sin embargo, gradual. El reconocimiento de la vigencia del derecho de gentes como instrumento subsidiario para la regulación de los conflictos armados internos, presente entre nosotros desde los días de la expedición del ahora artículo 121 de la Constitución, aparece a los ojos de casi todos como un incómodo atavismo, cuando se trata en verdad del único testimonio histórico sobreviviente de la realidad ineluctable de que el Estado es, no sólo en el momento de su origen histórico sino siempre, la negación de la guerra civil.

La gran discusión doctrinal y jurisprudencial de este siglo ha sido entre nosotros, en materia de orden público, la discusión en torno al perfeccionamiento del estado de sitio como instrumento de punición. Su dimensión política —y con ella su referencia explícita al derecho de gentes— se ha querido ocultar y aun extirpar del texto constitucional. Ni siquiera la violencia de los años cincuenta consiguió devolverle su dignidad frente a un discurso de orden público dominado por la ficción empírico-normativa de la “soberanía interior” y por el derecho penal. Este, incapaz de tematizar al enemigo político-militar como tal, lo trataba tradicionalmente por lo menos, como delincuente político, es decir, como rebelde.

Ahora, cuando el concepto de “terrorismo” se ha enseñoreado del discurso normativo de or-

den público en nuestro país, asistimos a la apotheosis de la criminalización del enemigo interior por parte del Estado. La generalización substitutiva del concepto de terrorista y el desplazamiento creciente de categorías o bien decididamente no discriminatorias como "enemigo" o por lo menos no tan estigmatizantes como "rebelde", es acaso simultáneamente causa y efecto del escalamiento de la guerra. ¿Puede todavía la revitalización del concepto de enemigo contribuir al acotamiento y humanización del conflicto, y aun favorecer las negociaciones de paz? ¿Habría que distinguir por lo menos entre rebeldes y terroristas para efectos de favorecer el diálogo con aquellas organizaciones guerrilleras —como el M-19— subordinadas a un proyecto político-ideológico de carácter simplemente reformista y no revolucionario, y poco propensas al terror sistemático?

Dentro de este contexto de desarrollos históricos y de preguntas coyunturales de naturaleza jurídico-política se inscribe la nueva discusión en torno al derecho internacional humanitario.

En su conferencia de Cartagena, del 2 de agosto de 1988, empezó el expresidente López Michelsen por decir que el gobierno no tenía claro el tratamiento que quería y debía dar al enemigo interior, si como beligerante o si como delincuente, y concluyó que cualquiera que fuese la opción tomada, lo importante era tomar alguna, de manera que se pusiera fin a la confusión reinante. La falta de claridad, dijo el conferencista, hace el peor de los daños. López Michelsen, quien sólo había querido hacer una pregunta, se vio sin embargo envuelto en una serie de comentarios indignados de prensa que le reprochaban, desde una perspectiva conservadora, que su discurso no era otra cosa que un escandaloso espaldarazo a la subversión. Hacer lo que él supuestamente pretendía, conceder el *status* de beligerancia a los insurgentes, era prestar apoyo, o por lo menos ser funcional a los intereses de una izquierda revolucionaria que no pretende sino desestabilizar el país. López Michelsen se limitó, entonces, a anotar que él había formulado una pregunta y que su discurso no expresaba una respuesta unívoca.

Pasados tres meses de la conferencia de Cartagena, es decir, después de haber observado el efecto de su propuesta, resolvió ensayar una

toma de posición a favor de la alternativa de la cuasi-beligerancia (constatar la existencia de un enemigo relativamente poderoso no es, según López Michelsen, conferirle una legitimidad y con ello un derecho a la guerra) y contra la criminalización. Sobre todo la tomó contra el temor aislacionista de quienes piensan que aceptar una mediación de terceros países u organismos internacionales en los asuntos internos del Estado colombiano, puede significar una internacionalización del conflicto doméstico. El fondo del argumento mediante el cual el expresidente López Michelsen en su discurso del 4 de noviembre de 1988 ante el auditorio de INCOLDA, en Medellín, defendió el reconocimiento de la capacidad de negociación de la guerrilla, para efectos de favorecer la humanización de la guerra, fue simultáneamente un argumento liberal-humanitario y conservador. Puso de presente cómo Colombia estaba casi perdiendo la guerra contra la subversión armada en el frente interno y en el frente externo. En el frente interno bastaban pocas observaciones para darse cuenta cabal de que los militares no estaban en condiciones de asestar en el corto plazo golpes decisivos, lo cual significa simple y llanamente que la guerra, si continúa como va, va a ser larga y costosa.

Más enfático aún es López Michelsen en decir que la nave de la diplomacia colombiana está, en el frente externo, a punto de naufragar ante el embate de los enemigos de la democracia, los cuales, en cuanto informantes privilegiados de los distintos organismos internacionales humanitarios, la hacen aparecer como marcadamente autoritaria y cercana, en sus métodos terroristas, a las dictaduras militares del vecindario subcontinental. Partiendo del supuesto de que en Colombia los derechos humanos no se violan de manera sistemática ni consentida por parte del Estado, el recurso a la mediación internacional representa para el expresidente una jugada diplomática maestra, tendiente a mejorar la posición del régimen frente a la opinión internacional, así que el *statu quo* pueda triunfar sobre el enemigo interior.

La argumentación del expresidente tiene la fuerza avasalladora de todo discurso que logra reconciliar la defensa de intereses con la idea de la realización de un valor. El interés socio-político en la estabilización del régimen resulta

inmediatamente compatible con el imperativo ético-político de humanizar la contienda. En este sentido, es importante anotar cómo la propuesta de López Michelsen se orienta más hacia la consecución de una victoria político-militar sobre la subversión que hacia una solución negociada. La constatación hecha por López Michelsen del carácter prolongado que muy probablemente habrá de tener la guerra no es utilizado tanto como argumento para propiciar una solución transaccional —acaso porque le parece improbable, si no indeseable—, sino sobre todo como refuerzo a su convicción de que el régimen debe cambiar de táctica para triunfar. En ello no hay que engañarse. El discurso del expresidente es, si no abiertamente guerrerrista, por lo menos pesimista en lo que toca a la esperanza de una solución temprana de carácter negociado. Acaso piensa el ilustre conferencista que la guerra debe ser ganada en el plano político-estratégico —si no en el militar— antes de que una negociación de paz con los insurgentes tenga posibilidad y sentido.

La opción del expresidente por un tratamiento del enemigo interior como cuasi-beligerante, su distanciamiento frente a la supuesta ambigüedad del gobierno, pero sobre todo frente al tratamiento criminalizante de la subversión armada, implica una diferencia táctica pero no estratégica respecto de la política oficial.

La toma de posición de López Michelsen ha causado, de todas maneras, más desconcierto que rechazo entre los círculos liberal-conservadores. Estando clara su opción por el sistema —y aun por la necesidad y/o deseabilidad de una paz victoriosa— la discusión sobre la criminalización del enemigo interior se vuelve una simple cuestión de oportunidad e idoneidad. El mismo expresidente Lleras Restrepo, quien parapetado en su fijación legalista sólo ha encontrado argumentos para el tratamiento delincuencial de las guerrillas, le ha concedido a López, esta vez, el beneficio de la duda y de la espera. Los epígonos empiezan a surgir. El columnista D'Artagnan ha empezado por llamar a juicio a Héctor Charry Samper, supuesto responsable de que Colombia no haya ratificado todavía los dos Protocolos Adicionales de los Convenios de Ginebra de 1949, sin cuyo auxilio el recurso a la mediación internacional con

miras a humanizar la guerra carece, en buena parte, de sustento jurídico desde el punto de vista del derecho público interno colombiano. Hecha salvedad de los comentarios historiográficos de Carlos Restrepo Piedrahita, acaso las demás intervenciones de prensa posteriores a la comentada conferencia de Medellín no tocan la sustancia del problema (1).

Lo cierto es, pues, que López Michelsen parece querer situarse, a manera de puente, entre las dos grandes políticas de gobierno en torno a la subversión ensayadas durante los últimos años. La administración Betancur estuvo caracterizada por un tratamiento principalmente político de las guerrillas, así que buscó, dentro del marco de una amnistía, negociar con ellas. La administración Barco, buscando distanciarse de la anterior —y acaso presionada por aquellos sectores civiles y militares que son más amigos de una solución de fuerza— ha propendido, por el contrario, dentro del marco de un plan de paz concebido a la manera de un indulto, por un tratamiento por lo menos semi-delincuencial, apropiado en el mejor de los casos para el tratamiento del M-19, caracterizado por su debilidad militar. Del expresidente López puede decirse que se sitúa tácticamente junto a Betancur y estratégicamente junto a Barco, por lo menos en lo que respecta al reconocimiento de beligerancia, si no al alcance que se concede a ella.

Ahora bien, supuesto ese equivalente menor del empate militar que representa la guerra larga y costosa de que habla el mismo López Michelsen, ¿no tiene acaso más sentido ampliar el horizonte de los objetivos buscados mediante el reconocimiento de beligerancia hasta la posibilidad de una paz negociada, que limitarse, como parece ser la intención del exmandatario, a querer propinar un golpe diplomático a la izquierda armada? Entonces el plan de paz tendría que evolucionar hacia un modelo verdaderamente contractual, capaz de contener prestaciones y contraprestaciones y, con ello, las bases para verdaderas reformas sociales y políticas. Y que no se argumente que ello constituye una traición a la democracia y un apoyo a las guerrillas. Un nuevo pacto so-

1. El Tiempo, agosto 2, noviembre 4 y 30, diciembre 17 de 1988.

cial, de origen reformista y no revolucionario, es acaso, en Colombia, la condición de posibilidad de toda democracia que funcione, aun de una democracia liberal y burguesa. Si bien es cierto que la fuerza —como bien lo expresó Rousseau en su *Contrato Social*— no constituye un argumento ético, sí constituye, querámoslo o no, un argumento empírico, y la cuestión de la democracia es una cuestión simultáneamente empírica y normativa.

Desde un punto de vista histórico-empírico la lógica de la guerra ha tenido, a pesar de su menor dignidad moral, por lo menos tanta capacidad argumental como la lógica de la paz y de la democracia, a pesar de que esta última ha estado siempre más imbuida que la primera de elementos ético-políticos. Y lo que resulta aún más escandaloso pero no por ello menos cierto en los procesos de formación de los estados-naciones modernos, el surgimiento del Estado como sistema de dominación, ha sido, en buena medida, anterior al desarrollo de su capacidad para motivar espontáneamente el consenso social y político. La lógica de la guerra ha precedido, en tal sentido, a la lógica de la paz.

La cuestión relativa al tratamiento que se debe dar al enemigo interior, como beligerante o como delincuente, está de manera directa relacionada con esa otra cuestión fundamental que es la de la legitimidad democrática. Así por ejemplo, la Iniciativa de Paz de la administración Barco criminaliza a las guerrillas social-revolucionarias en nombre de la democracia. El documento dice que el mandato de la mayoría recibido por el gobierno mediante su elección popular no puede desobedecerse para ceder a las exigencias de una minoría violenta. El gobierno aparece allí como el portador de la única legitimidad políticamente vinculante y, lo que es aún más importante en este contexto, precisamente en nombre de esa legitimidad democrática se criminaliza en última instancia a los insurgentes. La suerte está echada. La disyuntiva entre un tratamiento político y un tratamiento delincencial del enemigo armado ha sido resuelta a favor de la última alternativa enunciada con apoyo en el argumento a la vez empírico y normativo de la legitimación y de la legitimidad democráticas. Pero la cosa no termina allí: la criminalización con el rasero de la legitimidad democrática se convierte inmedia-

tamente en el fundamento de la criminalización con el rasero adicional de la legalidad. Dentro de este doble marco de la democracia y del Estado de derecho colombianos, con su reforzado efecto criminalizante, el plan de paz no puede tener sino la forma jurídica de un indulto. Que baste por lo pronto esta glosa breve del discurso oficial para ejemplificar la relevancia de la cuestión relativa a las relaciones entre la democracia y la criminalización del enemigo interior.

La actualidad política colombiana no tiene ciertamente por qué reproducir el pasado europeo. Las apreciaciones siguientes sobre la precariedad del orden democrático como realidad empírico-histórica no deben entenderse, por lo tanto, como una ley histórico-sociológica de carácter universal sino simplemente como un esquema probable y susceptible de encontrarse de nuevo en condiciones espacio-temporales distintas.

Allí donde el Estado no se ha articulado de manera clara como monopolio de la violencia —pues se lucha todavía por su constitución, dentro del marco de esa dinámica de competencia y exclusión, acaso no ineluctable pero sí históricamente dominante que Norbert Elias ha dado en llamar “el mecanismo de monopolización” (y que parece haber acompañado a los Estados nacionales europeos en el largo proceso de su formación)—, allí puede hablarse de un primado de la racionalidad de la guerra. Se trata ciertamente, para Elias, de una fase caracterizada por un primado de la victoria sobre el consenso, de la dominación sobre la cooperación como forma determinante de la integración político-territorial, la cual culmina con la formación de los primeros grandes Estados territoriales modernos entre los siglos XVI y XVII.

El “mecanismo de monopolización” y su cristalización en la realidad del Estado moderno como monopolio de la violencia fue, según lo anterior, no sólo el antecedente temporal sino además la condición histórica de posibilidad de la democracia moderna. Ya *La Orestíada* de Esquilo había tematizado desde la antigüedad aquella metamorfosis de las Erinias (diosas de la venganza) en Euménides (diosas protectoras de la polis) con la cual se puso fin a la justicia

privada —con su cadena infinita de retaliaciones— y se dio paso a la justicia estatal. El absolutismo fue, con su institucionalización de los conflictos en torno a los medios de poder social, la escuela dentro de la cual la guerra se transformó en competencia política y los enemigos en contrincantes. La aristocracia guerrera del medievo evolucionó, entonces, en el largo proceso de "socialización de los monopolios", hacia una aristocracia de corte. Esta última fue, finalmente, sustituida por la burguesía.

Resulta importante en este contexto tener presente el hecho de que la burguesía no disputó entonces a la corona y a la aristocracia la existencia misma de los monopolios fiscal y de la violencia, sino sólo la distribución de las cargas y beneficios derivados de los mismos. El monopolio de la violencia era más bien condición de existencia de la clase burguesa, clase no heroica por excelencia. Precisamente porque el monopolio estatal de la violencia creó las condiciones internas para que la lucha por el poder fuera una lucha no violenta, pudo surgir la democracia moderna como un sistema de competencia pacífica por la consecución de mayorías, como un sistema de rotación de mayoría y y minorías.

Es bien sabido, en tal sentido, cómo la Revolución Francesa significó no sólo la sustitución de una clase y de una forma de gobierno por otra. Ella fue, además, el marco social y jurídico-político para el fortalecimiento y la profundización de la dominación estatal. Acaso el primero, Tocqueville, y tras él muchos otros, han podido confirmar este aserto.

Si nuestras apreciaciones con respecto al proceso de formación del Estado-nación no son equivocadas, entonces cabe decir que tampoco Colombia ha escapado, en términos generales, a esta secuencia histórica. Sólo tras la estabilización del Estado unitario de 1886 en el turbulento período que va de 1885 a 1902 y que culminó con la victoria militar sobre el Radicalismo, puede acaso decirse que el Estado colombiano surgió como cuasi-monopolio de la violencia. La guerra entre mayorías y minorías, entre gobierno y oposición se transformó, por lo menos en lo que respecta al sistema tradicional de partidos, en simple competencia. Los

enemigos de ayer se convirtieron en los contrincantes de hoy. Pero no hay que creer que la cuestión estatal-nacional se solucionó, entonces, durante el período de la República Conservadora, de una vez por todas. No hay garantías metafísicas contra las involuciones y las regresiones históricas. El mito del progreso no es sino eso: un mito.

De la misma manera que el Estado es la negación de la guerra civil, la guerra civil es también, en cualquier tiempo, la negación del Estado, y lo que en el contexto de esta discusión resulta tanto o más importante, el Estado, como monopolio de la violencia, es la condición de posibilidad de la vida democrática. La racionalidad de la guerra, la racionalidad del mecanismo de formación de monopolios es autónoma y habla, querámoslo o no, el lenguaje de la victoria, y si ésta no es factible a ojos vistas, el de las negociaciones y los compromisos.

Sólo quien acepte la autonomía relativa de la racionalidad de la guerra como una racionalidad que hunde sus raíces en una reflexión empírica sobre la magnitud de poder que representan las armas, puede, en un país donde la paz y la guerra coexisten, establecer un puente entre las racionalidades propias de cada uno de esos ámbitos. Sólo él está dispuesto a buscar, de acuerdo con la correlación de fuerzas entre los enemigos, un equivalente para las mismas en términos de esa otra magnitud de poder que son los votos. Parapetarse, en los términos de una pura ética de conciencia (en el sentido que Max Weber atribuye a dicha expresión), en el argumento ético-político del valor absoluto e incondicional de la legitimidad democrática es cerrar los ojos a la realidad político-militar de la guerra civil. Criminalizar al enemigo interior en nombre de la legitimidad democrática y de la legalidad del Estado de derecho en condiciones en que, como lo dice López Michelsen, la posibilidad de una victoria militar aparece remota y costosa, es excluir, absurdamente, la única posibilidad razonable, la posibilidad de una paz negociada.

Precisamente por ello, porque del tratamiento que se dé a los alzados en armas puede, en buena parte, depender la paz y con ella el futuro de la democracia colombiana, queremos hacer un estudio de la racionalidad subyacente

y de las consecuencias prácticas que conlleva el tratamiento delincencial o político del enemigo interior, desde el punto de vista del derecho de gentes.

2. EL DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO EN LA ENCRUCIJADA ENTRE UNA CONCEPCION DELINCUENCIAL Y UNA CONCEPCION POLITICA DE LA GUERRA

La decisión jurídico-política sobre el tratamiento que el derecho internacional debe dar a los guerrilleros, como enemigos o como delincuentes, tiene implicaciones importantes con respecto a la definición de la política interna de cada Estado en torno a la misma cuestión. La criminalización de la guerra en general y de la guerra de guerrillas en particular, por parte del derecho internacional público, refuerza la tendencia criminalizante inherente a la lógica del derecho público interno de los Estados.

El reconocimiento de la existencia de un derecho de la guerra —que no de un derecho a la guerra— aun para las guerrillas, estimula, en sentido contrario, la apertura del derecho público interno a la posibilidad de que eventualmente, en presencia de una guerra civil revolucionaria de cierta intensidad, se reconozca a los rebeldes, de manera más o menos explícita, el *status* de beligerancia. Todo ello para efectos de que se humanicen las acciones y el tratamiento recíproco entre los enemigos, y aun para que, bajo ciertas circunstancias, se pueda poner fin al conflicto a través de negociaciones. Resulta en tal sentido importante, si no indispensable (para efectos de ahondar en la comprensión de las alternativas de tratamiento jurídico de las guerrillas colombianas) realizar una evaluación somera de las tendencias normativas dominantes en el derecho internacional público moderno en torno a esta cuestión de vital importancia para la política interna de nuestro país. En tal sentido, trataremos de reconstruir la racionalidad de aquellos que consideramos los dos modelos dominantes. Lo haremos no tanto desde el punto de vista de su ideal común de realización de la paz, como a partir de las incompatibilidades fundamentales implicadas en la reflexión sobre sus condiciones fácticas de posibilidad, de tal modo que

ambos aparezcan como suficientemente diferenciados, tanto en su concepto como en sus consecuencias.

Todo ordenamiento jurídico orientado hacia la constitución de un sistema de interacciones políticas intenta, en general, articularse como un equilibrio entre realidad e idealidad. Sus normas deben, de un lado, reflejar la realidad que pretenden regular, y deben asimismo, del otro, postular un ideal, un telos legitimado como valioso, el cual debe ser por lo menos compatible con dicha realidad.

Ahora bien, cuando el ideal postulado está excesivamente alejado de la realidad que pretende orientar, entonces las definiciones e instituciones jurídicas que deben contribuir a realizarlo se tornan disfuncionales con respecto a su tarea regulativa. Parece entonces justificado pensar cómo la idoneidad de la decisión —elevada a la condición de ideal— que tanto el derecho internacional público como el derecho público interno de cada Estado tomen con respecto al tratamiento de los guerrilleros, como enemigos o como delincuentes, debe depender, por lo menos en parte, del juicio empírico que se haga sobre las realidades de la guerra del mundo de hoy (2).

La cuestión se puede plantear, para empezar, en los siguientes términos: ¿resulta acaso idóneo postular un discurso de derecho internacional público que sea una extrapolación del discurso del derecho público interno y sobre todo del derecho penal, habida cuenta del hecho de que las guerras interestatales y, aún más, las guerras civiles constituyen una realidad cotidiana de primer orden en el mundo de hoy? En otras palabras: ¿tiene sentido la criminalización absoluta de la guerra frente a la presencia masiva de la misma?

Una respuesta a dicha pregunta depende, como acabamos de explicarlo, por lo menos en buena medida, de la valoración global que se haga del presente mundial en términos de la significación que tiene la violencia en general,

2. Sobre la dialéctica de realidad e idealidad en el derecho constitucional véase Hermann Heller, *Staatslehre*, Tübingen, ed. J.C.B. Mohr, 1983; Dietrich Schindler, *Verfassungsrecht und Soziale Struktur*, Zürich, ed. Schulthess & Co., 1967.

y en particular, la guerra, como medio para la solución de conflictos políticos en el ámbito internacional.

Un discurso de derecho internacional público a manera de un derecho público interno mundial tiene por condición empírica de su eficacia normativa un alto grado de aproximación a la realidad de un monopolio mundial de la violencia, es decir, un alto grado de realización, por la vía de la dominación y no de la cooperación, de esa misma paz que postula. Proponer un discurso tal en un mundo agobiado por la guerra cumple muy probablemente la única función de incapacitar el derecho, como lenguaje y como técnica de solución de conflictos, para la tematización y el tratamiento adecuado de las realidades de la guerra. Con lo cual se destruye, de paso, la credibilidad del derecho internacional público como orden regulador de las relaciones internacionales.

Cabe entonces preguntarse si no resulta más idóneo, en las condiciones actuales de desarrollo político de la humanidad, proponer un discurso de derecho internacional, heredero del derecho interestatal europeo (**jus publicum europeum**), orientado hacia la ampliación del concepto de la guerra como dialéctica de las voluntades políticas entre enemigos relativos, es decir, entre enemigos que se reconocen recíprocamente como tales, a formas no-convencionales y aun, a formas no-internacionales del enfrentamiento entre los pueblos, de manera que el derecho internacional sea más un reflejo de la realidad que pretende regular. Entonces estaremos frente a un orden normativo, si bien incapaz de inhibir totalmente la apelación a la práctica de la guerra, por lo menos capaz de humanizarla y acotarla, sin perder por ello como último punto de referencia valorativo el ideal de una paz mundial (3).

Se critica a dicha tendencia normativa hacia la expansión del concepto de la guerra clásica a formas modernas no-convencionales y sobre todo no-internacionales el que su ampliación del derecho de la guerra (**jus in bello**) lleve implícita, en realidad, una ampliación del derecho a la guerra (**jus ad bellum**), con lo cual la

racionalidad en el manejo de los conflictos armados estará retrocediendo hasta el medievo. La razón jurídica, empeñada a través de los siglos en una reducción progresiva del número de los sujetos que detentaban un derecho a la guerra y que había alcanzado con la moderna noción del Estado como monopolio legítimo y eficaz de la violencia, y como único sujeto del **jus ad bellum**, un alto grado de desarrollo, parecería ciertamente retroceder siglos en su empeño racionalizante. Así, en el evento de que el concepto de enemigo —beligerante— se ampliara a otros sujetos, y lo que es peor, a actores armados no-convencionales de naturaleza intraestatal.

El riesgo existe. La lucha de los movimientos insurgentes por hacerse a un reconocimiento internacional como beligerantes está, con frecuencia, acompañada de la intención de hacerse fuertes mediante la adquisición de un nuevo **status** político-jurídico y de una nueva legitimidad, antes que de la intención de crear las condiciones necesarias para un acotamiento y una humanización de las acciones, o para que la paz pueda negociarse. De todas maneras es importante precisar que constatar su existencia no es en sí mismo legitimar la guerra y lo que es aún más importante (por lo menos en circunstancias de verdadera guerra civil y sobre todo de relativo empate militar) los beneficios que pueden derivarse de un tal reconocimiento superan con creces las pérdidas eventuales derivadas del mismo hecho para el gobierno correspondiente.

Ahora bien, ambas tendencias existen y coexisten de hecho en el ordenamiento internacional. Sería facilísimo intelectual pensar que el conjunto de las instituciones normativas que se orientan hacia una criminalización absoluta de la guerra carecen totalmente de sentido de la realidad. Sería torpe, asimismo, pensar que aquellas otras, herederas del derecho interestatal europeo y preocupadas, por razones de humanidad, por ampliar el concepto político de la guerra a modalidades modernas de la misma, representan la única y verdadera medida de las realidades del sistema político mundial.

Cabe presumir, con buenas razones, que ambas tendencias normativas pretenden ser respuestas a realidades empíricas y no únicamen-

3. Carl Schmitt, *El Nomos de la tierra en el derecho de gentes del Jus Publicum Europeum*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1979.

te al ideal, por ambas compartido, de alcanzar de alguna manera la paz en la convivencia entre los pueblos. En tanto que la tendencia hacia una criminalización absoluta de la guerra parece orientarse según las realidades de la guerra en las sociedades industriales y post-industriales, la tendencia hacia la ampliación del concepto de la guerra parece referirse más bien a las realidades de la guerra en los países del llamado Tercer Mundo. Las dos guerras mundiales demostraron ciertamente que la guerra convencional, y con mayor razón la guerra nuclear, se han tornado absolutamente disfuncionales como medios para la solución de los conflictos internacionales entre los países del primero —y acaso también del segundo— mundo. Las confrontaciones armadas entre las grandes y medianas potencias conllevan costos que se han vuelto, por definición, mayores que los beneficios eventuales derivados de las mismas.

De otro lado, resulta igualmente evidente cómo las guerras civiles revolucionarias han proliferado después de 1945 al amparo del empate nuclear entre las superpotencias, y lo que es tanto o más importante, dichas guerras civiles revolucionarias —casi siempre guerras de guerrillas— siguen siendo evidentemente funcionales, en el sentido de que involucran, por lo menos en principio, un chance real de éxito revolucionario. Basta lo anterior para explicar por qué los países industrializados propenden, al menos en el ámbito de sus interrelaciones, por la prohibición y criminalización absoluta de la guerra. En tanto que esos mismos países —por lo menos en cuanto neutrales—, pero sobre todo los movimientos de insurgencia —que no los gobiernos— de buena parte de los países del Tercer Mundo, están evidentemente interesados en una ampliación del concepto político de la guerra y con ello, del derecho de la guerra, hasta el ámbito de la guerra civil revolucionaria (4). Los primeros acaso más por razones de humanidad que los segundos.

Por supuesto que dentro del marco de la ética de responsabilidad se pueden compatibilizar idealmente ambas posturas mediante el expediente de atribuir a la paz universal el carácter de fin último valorativo al cual debe subordinarse el objetivo inmediato de humanizar y de

acotar la guerra (5). Acaso constituya dicha subordinación un marco ético-jurídico adecuado para pensar la posibilidad de un derecho internacional humanitario, el cual, a diferencia del derecho interestatal clásico, involucre la idea de un *jus in bello* que no lleve implícito, tanto frente a una guerra internacional como no internacional y en el evento de requerirse la constatación de existencia de un enemigo, el reconocimiento simultáneo de un *jus ad bellum*.

La prohibición absoluta de la guerra, es decir, el imperativo de la paz universal, estaría inhibiendo, en última instancia, la atribución de un derecho a la guerra a todo sujeto político, incluidos los Estados, en tanto que el imperativo de humanidad estaría obligando a la constatación de existencia correspondiente. El concepto de beligerancia designaría ya únicamente un hecho y no más un derecho y podría, entonces, aplicarse, en sentido amplio, no sólo a los Estados sino también a otros actores armados como son los grupos insurgentes, sin que conllevara, en ningún caso, un principio de legitimación de la violencia (6).

Cabe todavía preguntarse si dicha evolución lleva implícita, como generalmente se afirma, la muerte del concepto de soberanía. Se puede pensar que dicho concepto estaría haciendo en ese evento una evolución paralela, en el sentido de dejar de designar un derecho para referirse simplemente al hecho de la potencia superlativa y con ello a la independencia de esa forma de integración política todavía dominante que conocemos con el nombre de Estado.

De todas maneras, en la práctica histórica, siendo sus condiciones fácticas de vigencia institucional en buena medida incompatibles, las situaciones de crisis pondrán una y otra vez los signos contrarios de las soluciones que se derivan de aplicar uno u otro principio. La idea de la guerra acotada o normada parece ser, por lo menos de manera inmediata, disfuncional con respecto a las realidades político-militares de

4. Otto Kimminich, *Völkerrecht im Atomzeitalter*, Freiburg, Archiv des Völkerrechts, 1969.

5. Max Weber, "Der Beruf zur Politik", en: *Soziologie, Universal-geschichtliche Analysen, Politik*, Stuttgart, Ed. Kröner, 1973.

6. Alfred Verdross, *Völkerrecht*, Wien, Ed. Springer, 1964, p. 447.

los países industrializados, en tanto que la idea de una criminalización absoluta e inmediata de la guerra en general, aparece, a su vez, como disfuncional desde el punto de vista de las realidades político-militares de los países del Tercer Mundo.

3. EL DERECHO INTERNACIONAL COMO DERECHO PUBLICO INTERNO MUNICIPAL: LA GUERRA COMO DELITO

Cuando en el siglo XVIII la Ilustración emprendió la crítica del derecho clásico interestatal europeo, lo hizo en nombre de un humanismo universalista que postulaba el imperativo moral, si no la posibilidad empírica, de la paz perpetua.

La moral individual y con ella la razón, había sido erigida por la burguesía emergente como la nueva instancia llamada a ejercer la crítica política, con lo cual se había puesto en marcha un proceso de repolitización de la moral, que destruía, de manera históricamente regresiva, la distinción entre política y religión, así como entre política y moral, que se había alcanzado en la Europa Central, tras la imposición de una nueva visión secular y con ello diferenciadora de tales instancias rectoras del comportamiento, a través del Absolutismo (7).

A la luz del universalismo humanístico de la Ilustración, el cual postulaba la obligatoriedad incondicional, político-moral, de realizar una paz universal, todo intento de legitimación del llamado sistema interestatal europeo resultaba éticamente insostenible. Tanto moral como políticamente aparecía como un exabrupto el que pudiera pensarse en una organización de la comunidad interestatal cuya idea afirmaba la prohibición absoluta de la guerra interior, es decir, de la guerra civil —y con ello el carácter delincuencial de la misma—, pero que reconocía asimismo, por lo menos de manera implícita, la legitimidad de la guerra interestatal. La coherencia intrínseca del discurso político-moral exigía que la prohibición de la guerra y su criminalización fuera universal y absoluta. La necesidad política del reconocimiento de un

jus ad bellum para los Estados soberanos constituía un contrasentido o una perversión moral.

Desde entonces, cuando la responsabilidad política llevó a pensar tanto en las condiciones fácticas de posibilidad, como en las consecuencias del establecimiento de un orden jurídico universal, se planteó la cuestión de la disyuntiva entre una Confederación de Estados soberanos y un Super-Estado soberano como los tipos fundamentales de organización política que estarían en capacidad de garantizarle vigencia normativa al derecho internacional según el modo como éste fuera concebido. La pluralidad irreductible de los Estados nacionales europeos, en aquel entonces todavía apenas en formación, obligó a la aceptación de la idea corporativa y no impositiva de construir una Confederación de Estados soberanos.

Hoy, frente a un mundo más integrado, pero sobre todo amenazado por la destrucción nuclear, se cae fácilmente en la tentación de preferir la idea de un Super-Estado mundial soberano, como aquel sujeto único y unitario que puede y debe ser el portador de un derecho público interno mundial. Hasta antes de la primera guerra mundial, y sobre todo dentro del sistema interestatal europeo restaurado por el Congreso de Viena (1815), apenas si se ponía en duda la existencia de un **jus ad bellum** en cabeza de los Estados soberanos y con ello la existencia de un derecho de la guerra de naturaleza consensual y no impositiva.

Pero ya los estatutos de la llamada Sociedad de las Naciones, fundada inmediatamente después de la primera gran conflagración mundial (1919), establecieron aquel régimen que se ha llamado de la prohibición parcial de la guerra, por el cual la misma —por lo menos en cuanto agresiva— se hizo, por primera vez, asunto de la comunidad de Estados y no simplemente de los Estados inmediatamente involucrados en el conflicto. La decisión hasta entonces soberana de hacer la guerra, empezó a transformarse en materia justiciable. Pero fue en el año de 1928 cuando como resultado del Pacto Briand-Kellogg, firmado en París, se condenó, por todos los Estados signatarios, la guerra como medio para la solución de conflictos interestatales y se la calificó abiertamente como delito internacional. Cuando después de la segunda

7. Reinhard Kosellek, *Kritik und Krise*, Freiburg/München, Ed. Karl Alber, 1959.

guerra mundial, en 1945, se constituyó la Organización de las Naciones Unidas (ONU) se quiso llegar aún más lejos, así que se pasó de la simple prohibición absoluta de la guerra de 1928 a la prohibición absoluta de la violencia como instrumento de las relaciones internacionales (8).

Hoy, a la sombra de la prohibición absoluta de la guerra y de la violencia proclamada por la ONU parecería no poder hablarse, tanto en el caso de las guerras internacionales como en el de las guerras civiles, más que de delitos. Es ilustrativo en tal sentido pensar en el tipo de racionalidad y de lenguaje utilizado por buena parte de los doctrinantes del derecho internacional público contemporáneo. De la prohibición general de apelar a la violencia, y en particular a la guerra, se exceptúan únicamente la guerra punitiva, legitimada a manera de "auxilio en la legítima defensa", si no de "ejecución judicial" impuesta por la comunidad de las naciones a aquel Estado que haya sido juzgado y condenado como infractor del derecho penal internacional; y la llamada guerra defensiva, legitimada también a través del principio de la "legítima defensa".

Tanto el "auxilio en la legítima defensa" como la "legítima defensa" misma constituyen, en el sentido del derecho penal interno clásico, causales de justificación de los actos punibles. Si bien, para muchos, la extrapolación de la racionalidad del derecho penal intraestatal al ámbito del derecho internacional no constituye sino un ejercicio de analogía orientado a iluminar la conceptualización correspondiente, dicho ejercicio es a todas luces sintomático de una nueva embestida del universalismo. Esta vez ocurre ya no bajo la égida de la moral individual, sino del derecho como moral social de naturaleza puramente formal y con ello, acaso también de la idea del Super-Estado mundial, unitario y central, con su marcado sabor totalitario (9).

Prescindiendo, por lo pronto, de la cuestión de si tiene o no sentido postular un orden universal y único del derecho para efectos de garantizar la coherencia intrínseca del discurso jurídico, cabe repetir aquí la pregunta sobre la idoneidad de imponer a nivel internacional una concepción puramente policiva y criminalizante de la guerra, propia de un uni-verso altamente pacificado en un pluri-verso, en el cual la guerra, tanto la inter-nacional como la civil, constituye una realidad cotidiana. Sólo la existencia de un super-monopolio de la violencia parece estar en condiciones de garantizar la eficacia de un orden jurisdiccional que esté en capacidad, a manera de tercero neutral (soberano), de juzgar con ecuanimidad sobre la justicia del comportamiento de los partidos enfrentados en una guerra de carácter internacional.

En ausencia de un tal supermonopolio mundial, es bien probable que poderes hegemónicos —todavía tributarios del "sacro egoísmo" de los Estados nacionales— se arroguen, a manera de juez y parte, para beneficio propio, un tal *jus iudicandi*, de manera que el pretendido derecho penal mundial se transforma de hecho en un simple instrumento para la criminalización y discriminación del enemigo. Piénsese en tal sentido, por ejemplo, en el botón de muestra que representa la política exterior de los Aliados (*Entente*) con respecto a Alemania después de la primera guerra mundial. ¿Tiene acaso sentido el hecho de que el pueblo alemán y no sólo sus representantes, haya sido entonces tratado como delincuente y no como enemigo? Un ejemplo reciente del manejo punitivo de las relaciones internacionales por parte de una potencia hegemónica lo ofrece la actitud de Estados Unidos frente a Panamá y en particular frente al gobierno del general Noriega. ¿Piensa acaso el gobierno imperial del Norte que puede subrogarse en el derecho de juzgamiento atribuido a un presunto supermonopolio mundial, de manera que está legitimado para manejar las relaciones con el Estado de Panamá como si se tratara de relaciones de derecho público interno, y en particular, de derecho penal? No es en todo caso el general Noriega sino todo el pueblo panameño el que ha resultado criminalizado. Aún más, parece ser que el gobierno del presidente Reagan creía que el Canal de Panamá señala los límites

8. Alfred Verdross, *op. cit.*, pp. 437 y ss.; Otto Kimminisch, *Einführung in das Völkerrecht*, München, Ed. Saur K. G., 1983, pp. 84 y ss.; Charles Rousseau, *Derecho Internacional Público*, Barcelona, Ed. Ariel, 1966, pp. 474 y ss.

9. Hans Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Tübingen, 1928; Alfred Verdross, *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes aufgrund der Völkerrechtsverfassung*, 1923.

de un mar interior, así que el tratamiento policivo y punitivo de las relaciones con el istmo aparece como perfectamente normal y justificado.

El tratamiento jurídico que da Estados Unidos a Panamá —y no únicamente a Panamá— se parece bastante a aquel que concibió alguna vez Inglaterra para sus colonias. Dentro del marco del Imperio Británico, aquéllas estaban, desde el punto de vista del derecho internacional (y sobre todo para efectos de legitimar de manera policiva y punitiva la ejecución de actos de fuerza contra sus pueblos) concebidas como “interior”, y desde el punto de vista del derecho público interno (y sobre todo con miras a evadir toda responsabilidad política y económica en la tarea de contribuir a su desarrollo) eran tratadas como “exterior”. La visión imperial del gobierno del presidente Reagan —expresión exacerbada del moralismo político estadounidense— parece, en todo caso, no limitarse a la idea de imponer una visión de derecho público interno para el manejo de las relaciones con los países de América Latina. El tipo de criminalización por el cual propugna no se limita al intento de reducir al enemigo político a la condición de delincuente. Se pretende ir, con frecuencia, aún más allá, mediante el expediente de asimilar el delincuente político o rebelde al delincuente común y al terrorista. No sólo en el caso de Panamá, sino también en el de Colombia se pueden leer signos inequívocos de dicha tendencia.

Apelando a la existencia indiscutible de la llamada narcoguerrilla, ha propugnado la Embajada de Estados Unidos en Colombia por una generalización de dicho concepto al conjunto de las organizaciones guerrilleras, de manera que en el tratamiento de ellas se renuncie a la consideración de su especificidad como delincuentes políticos impulsados por móviles altruistas y por ello mismo dotados, por lo menos en principio, de capacidad negociadora. Se busca con ello legitimar su criminalización y discriminación absolutas. En su simplismo maniqueo, propugna el Coloso del Norte por una criminalización absoluta del enemigo interior, de manera que una solución negociada a los conflictos armados internos de los Estados del subcontinente resulte, ya en la definición misma, imposible. Frente a un enemigo perci-

bido como absoluto no cabe sino la guerra absoluta y con ella, la idea de una victoria que se debe alcanzar a cualquier precio. La sangre debe correr, por supuesto, por cuenta nuestra. Nótese que en el caso de Estados Unidos se trata de un país caracterizado por su resistencia casi sistemática a acogerse a los fallos de la Corte Internacional de La Haya.

La visión punitiva de las relaciones internacionales en general y de la guerra en particular desestimula las soluciones negociadas. Tanto para el derecho público interno mundial como para el derecho público interno estatal, constituye una verdad de puño la manida afirmación en Colombia con tanta frecuencia escuchada: “con delincuentes no se negocia”. La tendencia hacia una concepción puramente delincuencial de la guerra por parte de ciertas corrientes normativas y doctrinales en el derecho internacional incide de manera directa en la valoración y el tratamiento que se da a la guerra civil y a sus análogos en el ámbito de la política y del derecho interno de los Estados.

Una visión punitiva de la guerra por parte del derecho internacional constituye un refuerzo evidente de la visión punitiva que de la guerra tiende a tener el derecho público interno. Aún más, si llegara a desaparecer definitivamente del derecho internacional público el concepto de la guerra como dialéctica de enemigos que se reconocen recíprocamente —enemigos relativos—, entonces habría de desaparecer con ello, también en el derecho interno, toda posibilidad de tematización de la guerra como un fenómeno político —metamoral— y sobre todo cualquier posibilidad de orientar el desarrollo de sus acciones en la dirección de su humanización y de una paz negociada.

4. EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO COMO DERECHO HUMANITARIO: LA GUERRA COMO ENFRENTAMIENTO ENTRE ENEMIGOS RELATIVOS

Dentro del cuerpo normativo y doctrinal del derecho internacional público no se encuentran únicamente tendencias hacia la concepción del mundo como un universo y con ello, hacia una criminalización absoluta de la guerra. Hay, asi-

mismo, una tradición del derecho internacional público, igualmente digna, con elementos normativos y de doctrina —y con arraigo en realidades empíricas relevantes— que presupone y postula la existencia del mundo como un pluriverso político.

Dentro del marco de dicha concepción, la existencia de Estados soberanos, si bien relativizada por el concepto de humanidad (que no por la idea de un super-monopolio de la violencia) involucra una noción de la guerra determinada por la noción del justo enemigo (*iustus hostis*) y con ello, por el reconocimiento recíproco de los partidos enfrentados. Con base en criterios puramente formales, esta noción hace posible y mira como normal la terminación de los conflictos armados por medio de una paz negociada. Dentro de esta tendencia se renuncia, por lo menos en los conflictos inter-estatales a la idea de una justa causa material (*iusta causa*), de manera que el enemigo (*hostis*) pueda ser tratado como un igual y no, de manera discriminatoria, como un simple delincuente.

Se trata, en tal sentido, de una concepción heredera del llamado derecho clásico interestatal europeo (*jus publicum europeum*) que pretende evitar el peligro de que, bajo la sombra de un supuesto derecho público interno mundial concebido a la manera de un equivalente formal de la moralidad material, se regrese a la vigencia rampante de la idea de la *iusta causa* con sus secuelas terribles para la dinámica de los enfrentamientos armados inter-estatal e inter-nacionales. Negarle a la guerra su carácter político dominante equivale ciertamente a una reedición de la idea de la justa causa material como criterio fundamental para el tratamiento recíproco de los enemigos, es decir, a un regreso de la razón jurídica a los fanatismos de los siglos XVI y XVII, a una versión modernizada e infinitamente más destructiva de las guerras civiles confesionales europeas (10).

En el derecho clásico inter-estatal europeo no había, en general, lugar para los combatientes irregulares y para los guerrilleros. Mientras la guerra estuvo dominada por las ideas del duelo y de la caballeridad, el guerrillero sólo pudo

ser comprendido a la manera de un soldado especialmente ligero y móvil, pero dependiente de un ejército regular —del cual derivaba él mismo un tinte de regularidad—, o tuvo que ser considerado como “fuera de la ley”, es decir, como delincuente. A pesar de que la democratización de la guerra propició enormemente la tendencia a la confusión entre combatientes y población civil, la guerra popular, por lo menos en cuanto guerra inter-nacional, permaneció fundamentalmente acotada. Así que se buscó, sobre todo dentro del sistema interestatal europeo restaurado por el Congreso de Viena, mantener hasta donde resultara posible la distinción entre la guerra y la paz, entre combatientes y población civil, así como entre enemigo y delincuente.

Los Convenios de La Haya de 1907 sobre la guerra terrestre ampliaron, buscando adecuarse a las nuevas realidades impuestas por las guerras inter-nacionales, la noción de combatiente a algunos tipos de luchadores irregulares como los milicianos, los voluntarios y, lo que es aún más revolucionario desde el punto de vista del derecho de gentes, a los simples ciudadanos levantados espontáneamente en armas, a la manera de movimiento de resistencia, para defenderse contra la amenaza inminente de un ejército de ocupación. Sin embargo, permanecieron, como herederos que eran de la larga tradición del derecho inter-estatal europeo, fieles al criterio de la regularidad como medida privilegiada de la legalidad (11).

El primer artículo del Capítulo 10. (sobre los beligerantes) del primero de los convenios en cuestión fijó, una vez más, de conformidad con la tradición del *jus publicum europeum*, los requisitos que debían ser cumplidos por los combatientes, aun por milicianos y por los voluntarios, para acceder al tratamiento privilegiado de los beligerantes, eran: 1) la existencia de un superior jerárquico responsable; 2) el empleo permanente y visible de las insignias del ejército correspondiente; 3) el porte abierto de las armas; y 4) el respeto de los usos y las reglas de la guerra. El artículo 20. sobre los

10. Ricarda Huch, *Das Zeitalter der Glaubensspaltung*, Zürich, Ed. Manesse, 1987; Carl Schmitt, *Der Nomos der Erde*, op. cit.

11. Jost Huelffer, *Regeln gegen den Krieg. Die haager Friedenkonferenzen von 1899 und 1907 in der Internationalen Politik*, Frankfurt, 1981; Peter Cornelius Mayer-Tasch, *Guerrillakrieg und Völkerrecht*, Baden Baden, Ed. Nomos, 1972.

movimientos espontáneos de resistencia constituía una clara excepción al principio de la legalidad, en aras de una legitimidad todavía hoy considerada como incontrovertible, como es la de la defensa de la nacionalidad. Los Convenios de La Haya viven todavía, de todas maneras, del paradigma de la guerra interestatal como guerra regular. Aun los Convenios de Ginebra de 1949 deben ser entendidos, en lo fundamental, como los últimos bastiones de aquella concepción del derecho internacional público que limitaba el uso del concepto de la guerra a la guerra inter-nacional, que no ya a la simplemente inter-estatal (12).

Sólo el artículo 30., común a los cuatro convenios suscritos, se preocupó, a manera de excepción y por razones de humanidad, de ampliar las normas sobre el tratamiento de los no-combatientes y de la población civil a los conflictos no-internacionales. Si antes, en 1907, se había exceptuado el dogma de la regularidad, ahora, en 1949, se exceptuaba el dogma de la inter-nacionalidad de la guerra. En ambos casos en nombre de la humanidad. El artículo 30. de los Convenios de Ginebra no decía, en todo caso, en su versión original, absolutamente nada sobre la protección de los combatientes propiamente dichos y mucho menos sobre la posibilidad de ampliar hasta ellos el concepto de beligerancia.

Todavía los Convenios de La Haya estaban evidentemente marcados por el drama de las guerras de ocupación. La ampliación del concepto de beligerante a algunas modalidades de combatientes no-convencionales — sacrificando con ello, por lo menos en parte, el dogma de la regularidad— había sido entonces la expresión de la correlación de fuerzas entre las grandes potencias, es decir, los ocupantes potenciales, de un lado, y los países pequeños, potencialmente ocupables, del otro, así como del triunfo diplomático de estos últimos, empeñados en la protección de sus movimientos de resistencia.

El tipo de guerrillero que entonces se tenía en mente era, sin lugar a dudas, únicamente el de las guerras defensivas, autóctonas, de ocupa-

ción, el cual era por definición una figura marginal en una concepción y en una práctica pretendidamente regular de las guerras internacionales. El hecho de que el artículo 30. de los Convenios de Ginebra, de 1949, haya ampliado, por primera vez, el ámbito de vigencia del derecho internacional público, en cuanto derecho humanitario, a las guerras no-internacionales parece ser la expresión de una nueva correlación de fuerzas a nivel mundial (13). El nuevo tipo de guerrillero que se tuvo en mente al momento de redactar el mencionado artículo fue, sin lugar a dudas, el de las guerras civiles social-revolucionarias de la segunda mitad de este siglo.

El guerrillero defensivo, autóctono, de las guerras inter-nacionales de ocupación cedió, después de 1945, su lugar al guerrillero de las guerras civiles social-revolucionarias, el cual, a diferencia del primero, no es una figura marginal subordinada a la figura del soldado regular sino, por el contrario —según una apreciación de Carl Schmitt—, el nuevo héroe de las contiendas (14). Este cambio, por lo menos parcial, en la significación del guerrillero, determinado por el tránsito de la guerra de ocupación a la guerra civil como tipo dominante de la guerra, es un indicador del cambio de significación de la irregularidad misma, la cual dejó de ser una táctica marginal y subordinada para convertirse en una táctica dominante dentro de un horizonte estratégico. Von Heydte habla en tal sentido del tránsito de la guerrilla como simple forma de hacer la guerra a la guerrilla como modalidad de la guerra (15).

12. Normas fundamentales de los Convenios de Ginebra y de sus Protocolos Adicionales, Ginebra, Ed. Comité Internacional de la Cruz Roja, 1983.

13. La Unión Soviética, país ocupado durante la Segunda Guerra Mundial pero asimismo consciente de su nuevo papel como superpotencia, terció esta vez a favor de los países pequeños en su empeño por ahondar en la protección de los combatientes no convencionales y, lo que es aún más importante, propició, en nombre de la humanidad, la injerencia del derecho internacional en el ámbito intraestatal, mediante la protección de los no-combatientes y de la población civil, en circunstancias de guerra no-internacional. Acaso buscó con ello, por lo menos de manera indirecta, la protección de los guerrilleros mismos, en cuanto supeditados para su supervivencia política y material al apoyo popular.

14. Carl Schmitt, *Teoría del Partisano*, Madrid, Ed. Instituto de Estudios Políticos, 1966.

15. Friedrich August von Heydte, *La guerra irregular moderna*, Bogotá, Ed. Eir de Colombia, 1987.

5. EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y LA GUERRA CIVIL REVOLUCIONARIA

Si el artículo 30. de los Convenios de Ginebra se había abstenido de extender su protección al guerrillero social-revolucionario mismo, el artículo primero del II Protocolo Adicional de 1977 dio, por fin, ese último paso, tan trascendental como revolucionario desde el punto de vista de la concepción jurídico-internacional de la guerra. El artículo en cuestión definió las condiciones que debe cumplir un movimiento guerrillero no-internacional para efectos de que pueda ser considerado como beligerante, de suerte que la guerra civil misma pueda, a su vez, ser entendida como una dialéctica de enemistades relativas. La disposición habla, en tal sentido, de la necesidad de observar por lo menos un mínimo de conducta humanitaria en aquellos conflictos "que se desarrollen en el territorio de una alta parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas, y aplicar el presente protocolo" (16).

De esta manera se acabó de romper la ecuación que había servido durante siglos para fundamentar la valoración y el tratamiento normativo de la guerra por parte del derecho de gentes. La fórmula regularidad = legalidad, así como su correlato secular, la fórmula irregularidad = ilegalidad, debió ser, a pesar de su insuperable precisión, por razones incontrovertibles de humanidad, sustituida por otros indicadores de la legalidad y de la ilegalidad, así que el derecho internacional público estuviera en capacidad de dar cuenta de la realidad sobreabundante de las guerras civiles social-revolucionarias y contrarrevolucionarias del Tercer Mundo, en la segunda mitad de este siglo.

Antes de adentrarnos en el análisis de la disposición transcrita es importante hacer la siguiente aclaración: haciendo caso omiso de si

la prohibición absoluta de la guerra como medio para la solución de conflictos lleva implícita la relativización y aun la muerte del concepto de soberanía y con ello la del *ius ad bellum* como atributo de los Estados soberanos, una cosa sí ha dejado clara la legislación de Ginebra en torno a los conflictos no-internacionales. Esto es que el artículo 30. común a los cuatro Convenios de Ginebra es, en su último párrafo, explícito e inequívoco en el sentido de afirmar que la aplicación de sus disposiciones "no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las partes en conflicto" (17). El reconocimiento de beligerancia respecto de grupos insurgentes no puede tener sino el sentido de una constatación de existencia. Las condiciones impuestas por el derecho internacional humanitario a las organizaciones guerrilleras para que se las pueda reconocer como tales constituyen en realidad, por lo menos en lo fundamental, criterios de identificabilidad (18).

Es cierto, como afirma el expresidente López Michelsen, que si bien el artículo 30. común a los cuatro Convenios de Ginebra habla de "partes", así que le reconoce a los insurgentes el carácter de enemigos (y no simplemente de delincuentes), también es cierto que los Protocolos Adicionales no vuelven a utilizar la expresión "partes". Pero no lo es que ello sea un indicador de que no se pretendía ampliar los beneficios del derecho internacional humanitario a los guerrilleros social-revolucionarios. La intención del artículo primero del segundo Protocolo Adicional es, evidentemente, definir los criterios para el conocimiento (identificación) de ese sujeto negociador, de esa parte de la cual se piensa que dada su capacidad militar y política está asimismo en capacidad de aplicar los Protocolos para efectos de humanizar las acciones, y llegado el caso, aun de negociar la paz.

Sólo la presencia de un mando responsable ha sobrevivido como reminiscencia de los criterios de regularidad definidos por las convenciones

16. Normas fundamentales de los Convenios de Ginebra y de sus Protocolos Adicionales, op. cit.

17. Otto Kimminich, *Einführung in das Völkerrecht*, op. cit., pp. 133 y ss., 213 y ss., 422 y ss.

18. Ulrich Beyerlin, *Die Humanitäre Aktion zur Gewährleistung des Mindeststandards im nicht-internationaler bewaffneter Konflikte*, Berlin/München, 1975; Jürg H. Schmid, *Die Völkerrechtliche Stellung der Partisanen im Kriege*, Nendeln/Lichtenstein, Ed. Polygraphischer, 1979.

de La Haya como condiciones indispensables para el reconocimiento de beligerancia. El carácter organizado de los grupos alzados en armas, criterio que ya desde antes y de manera silenciosa había empezado a abrirse paso como sustituto de la regularidad, logró, a pesar de su fragilidad, encontrar por fin, de manera inequívoca, su lugar. Fundamental ha venido a ser, por sobre todo, el dominio territorial, del cual —supuesta la organización— la realización de operaciones sostenidas y concertadas y aun la capacidad para aplicar los Protocolos vienen a ser casi un simple corolario.

Qué significa, desde el punto de vista de las organizaciones guerrilleras, tener dominio territorial sobre una región, es cuestión que no resulta, en nuestra opinión, fácil de determinar. Por lo pronto debe tenerse presente que el nomadismo (a pesar de los grados diferentes del mismo que pueden desarrollarse) es consustancial a la táctica de guerrillas. La territorialización de un movimiento guerrillero no puede ser entendida en el mismo sentido de la territorialidad sedentaria del Estado territorial moderno, sino a lo sumo como análoga de la de los grupos nómadas.

Supuesto lo anterior hay por lo menos dos peculiaridades de la concepción nómada de la territorialidad que deben ser tenidas en cuenta para el análisis: 1) El concepto de pertenencia, las nociones de adentro y afuera, no están delimitadas exclusivamente por la noción de frontera territorial, sino que tienen además una mediación social fundamental. Se vive dentro o fuera de un grupo y no únicamente de un territorio. 2) Tener dominio territorial significa, para un pueblo nómada, sobre todo, conservar libres sus vías de circulación (19). La guerrilla tendrá que dejar de operar como tal, para articularse a la manera de un ejército regular, capaz de defender un Contra-Estado sedentario. Una concepción tal de la territorialidad guerrillera estaría desconociendo el hecho fundamental, arriba comentado, según el cual la guerra de guerrillas ha dejado de ser una simple forma subordinada de dirigir la guerra para transformarse en una modalidad autónoma de la misma.

En sentido contrario cabe hacerse las siguientes preguntas: ¿podría acaso desconocerse el dominio territorial a una organización guerrillera, de la cual pueda decirse que por haber extremado su modalidad táctica ha llegado a expandirse como un gas —que no como un sólido— por toda la geografía nacional? De otro lado, toda guerrilla tiene que ser en mayor o menor grado una guerrilla societal, así que requiere indefectiblemente para sobrevivir a largo plazo, de un grupo social localizado que le sirva no sólo de apoyo logístico sino, sobre todo, de base de legitimación. ¿Debe entenderse dicha pertenencia social —e indirectamente geográfica— como una suerte de dominio territorial? ¿O debe ser acaso la realización “sostenida y concertada” de funciones “impositivas” (extorsión, etc.) y “policivas” (asesinato ejemplar, etc.) en los territorios y/o en el interior del grupo social que les sirve de sustento logístico y/o político, el indicador de la dominación territorial? ¿Y cómo calificar grados diversos de dominación en distintas regiones?

El expresidente López Michelsen afirma, por ejemplo, que las guerrillas colombianas no tienen un dominio territorial *strictu sensu* sino sólo una “sombra” del mismo. López Michelsen renuncia a pensar el concepto de dominio territorial desde la perspectiva del espacio y prefiere refugiarse para ello en el concepto de tiempo. Los Protocolos distinguen entre grupos organizados con dominio territorial y con capacidad para realizar de manera continuada y coordinada acciones militares, los simples “motines ocasionales”. La guerrilla colombiana puede, a juicio del exmandatario, argüir a lo sumo sus treinta o treinta y cinco años de existencia como indicador negativo de su no-ser un motín esporádico, con lo cual se colocan en un lugar intermedio entre el combatiente y el simple criminal. López Michelsen parece exigir a las guerrillas su articulación a manera de Contra-Estado sedentario capaz de una verdadera “secesión” para efectos de reconocerles un verdadero dominio territorial.

Así las cosas, es evidente que no tienen ese dominio y que sólo detentan una sombra del mismo indicada por su capacidad de supervivencia en el tiempo. Pero acaso tenga más sentido, argumentando desde la categoría de espacio, que es la dominante en el concepto de “dominio territorial”, que dicho concepto se

19. G. Deleuze y F. Guattari, *Nomadology: The Wurmachine*, New York, Ed. Columbia University, 1986.

redefine en el sentido del nomadismo. La capacidad desestabilizadora de una organización guerrillera puede ser tanto o más que de su sedentariedad, función de su movilidad. Para resolver la cuestión no basta, en todo caso, partir de manera acrítica de la idea de que el dominio territorial es únicamente aquel que se corresponde con la manera como una sociedad sedentaria articulada en forma de Estado territorial nacional ejerce su dominio y control sobre una frontera internacional.

El límite absoluto de lo ilegal, de lo irremediablemente delincuencial, desde el punto de vista del derecho internacional público (que no del derecho público interno) se ha desplazado, con los Protocolos de 1977, de manera considerable. En general, cabe decir que el terrorismo y no ya la simple irregularidad guerrillera define la nueva frontera de la criminalidad bélica. Al respecto, resulta importante anotar cómo la noción de terrorismo desarrollada por el derecho internacional humanitario no es unívoca. Se habla en tal sentido tanto de un terrorismo definido por la intención, como de un terrorismo definido por la apelación a prácticas o a medios intrínsecamente perversos, y aun de un terrorismo de origen simplemente taxonómico. Por lo menos en la intención, existe claridad sobre todo respecto al hecho de que el derecho internacional humanitario se ocupa del terrorismo únicamente en cuanto se presente en circunstancias de guerra. De la circunstancia de que el terror es de todas maneras inmanente a la "normalidad" de la guerra con sus tendencias casi ineluctables al escalamiento y a la brutalización, se deriva, de todas formas, una cierta tendencia hacia la desprotección de los combatientes mismos en cuanto víctimas potenciales de actos de terror.

Las normas que de manera expresa condenan el terrorismo buscan sobre todo la protección de la población civil. El artículo 13 del II Protocolo Adicional de 1977 sobre la guerra no internacional, citado aquí a manera de ejemplo, dice en tal sentido que "quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal es aterrorizar a la población civil" (20). Ahora bien, supuesta la suciedad

inherente a la táctica de insurgencia y contra-insurgencia, con su tendencia exacerbada a la confusión entre la guerra y la paz, entre los combatientes y la población civil, etc., resulta ciertamente difícil discernir dónde acaban la irregularidad y la brutalidad "lícitas" y dónde comienza el terrorismo.

Retomemos aquí el hilo de nuestras reflexiones iniciales. El derecho internacional humanitario —con su concepción de la guerra como dialéctica de enemigos que se reconocen "horizontalmente" como iguales y que no se discriminan "verticalmente" como delincuentes— debería permear siquiera un poco el derecho público interno. Así, dicha concepción podría ser reivindicada, por lo menos en el evento de un relativo empate militar, medido por los costos que representa obtener eventualmente una victoria militar y no simplemente por la capacidad para obtenerla. Entonces se estará haciendo más expedito el camino que conduce al acotamiento y a la humanización de la guerra, si no a la paz negociada.

Hoy resulta difícil saber hacia dónde vamos. El manejo abigarrado de preguntas en que consiste siempre el día de mañana se abre ahora como un abismo, gracias a las contingencias de la guerra. El gobierno ha iniciado, otra vez, conversaciones con el M-19. El presidente Barco ha llamado al socialconservatismo a participar en diálogo, y tanto los altos comisionados oficiales como la dirigencia de dicha organización guerrillera hablan de la constitución de foros amplios de discusión para una paz que, en el sentir de todos, debe ser nacional. El M-19 ha accedido —de conformidad con la iniciativa oficial de paz— a la elección de representantes que no se encuentren al margen de la ley. ¿Qué significa todo ello? Son más las preguntas que las respuestas. ¿Por qué quiere negociar el M-19?, y ¿por qué se accede a negociar con él? ¿Puede acaso decirse que dicha organización está militar y/o políticamente derrotada? ¿Es entonces el cansancio lo que la lleva a deponer las armas? ¿O se trata más bien del hecho de que comparte un marco político-ideológico común con el establecimiento, de manera que sus objetivos simplemente reformistas hacen posible, para ambas partes en conflicto, el tratamiento recíproco como enemigos relativos? ¿Constituye el M-19, con su re-

20. Hans-Peter Gasser, *Prohibición de los actos de terrorismo en el Derecho Internacional Humanitario*, Separata de la *Revista Internacional de la Cruz Roja*, julio-agosto de 1986.

formismo nacionalista, un puente ideológico que pueda servir para propiciar la participación de otros grupos guerrilleros en el diálogo y las negociaciones? ¿Constituye su ambiguo ideario un lugar de encuentro para las ideologías en conflicto?

¿Qué significa, en este contexto, el llamamiento a juicio a la comandancia del M-19 por los hechos del Palacio de Justicia? La justicia ordinaria sigue en su empeño criminalizante mientras el gobierno descriminaliza para conversar. ¿Se trata acaso de un síntoma de esquizofrenia estatal? Para salir del *impasse* se habla, otra vez, de indulto. ¿Simboliza la figura jurídica del indulto, propia del derecho penal, el tratamiento adecuado para el enemigo interior? ¿Y la advertencia de las FARC en el sentido de que no se establezca una diferenciación perversa entre guerrillas buenas y guerrillas malas? ¿Evidentemente existe el riesgo de que la descriminalización del M-19 no sea sino la ocasión para ahondar en la criminalización de los grupos restantes, y en particular de las FARC como única guerrilla capaz, gracias a su tamaño y a su supuesto pragmatismo, de presentarse con éxito como sujeto potencial de diálogo y negociación? ¿Pero están las FARC verdaderamente dispuestas a negociar? ¿Y está el ejército dispuesto a permitir que se negocie con ellas? ¿Y los grupos paramilitares? ¿Su propensión a la barbarie es acaso el resultado de un doctrinarismo a ultranza? ¿O se trata más bien de una herencia irredimible del narcosicariato que ha llegado a hegemonizar su dirección y métodos de lucha?

Sólo una cosa está clara: ni el fanatismo cuasi-religioso, ni la herencia delincuencial común son proclives a una concepción política de la guerra. La apelación sistemática de los paramilitares al terrorismo es un indicador inequívoco de que su percepción de la enemistad es absoluta. Su incondicionalidad en la defensa de los intereses terratenientes y su anticomunismo exacerbado parecen no negociables. Ya ni siquiera el Estado les resulta susceptible de ser concebido como aliado potencial o como enemigo relativo. La masacre de La Rochela apenas deja lugar a dudas al respecto. Y sin embargo, quien haya leído las cartas del grupo paramilitar "Muerte a Revolucionarios del Nordeste" no puede evitar la tentación de pensar que se

trata de una organización partisana de derecha con un proyecto político-ideológico y dispuesta al diálogo y a la negociación. ¿Puede predicarse también, por lo menos de dicho grupo, que sus miembros merecen el tratamiento de enemigos, y no de simples delincuentes o de terroristas? ¿Tiene sentido invitarlos a participar en el diálogo?

Aun suponiendo que se consiga negociar con el M-19 su desmovilización y reintegración, muy probablemente la guerra habrá de continuar. El ELN y el EPL son grupos doctrinarios y fuertes, y la barbarie paramilitar no habrá de acabarse porque sí. Y lo que es más grave aún, las desigualdades sociales tampoco. No importa cuál sea la verdad de todo esto. Lo cierto es que la adopción y aplicación de las normas del derecho internacional humanitario podría contribuir a racionalizar y a enriquecer la base jurídica y la legitimidad del comportamiento gubernamental con respecto a la subversión, tanto en el evento de una paz inmediata como en el de una guerra prolongada. Ensayar este recurso constituye, para el gobierno, una responsabilidad política y un deber moral.

